

SAVIGNY ET LES SOURCES DU DROIT

Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito,

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP.

Estudante do Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito,

Universidade de Paris - Panthéon Assas.

I. INTRODUCTION

Cet article a comme but étudier le chapitre III, tome I de l'oeuvre "Traité de droit romain" de Savigny, dont le titre est "Sources du droit romain actuel".

Cela étant dit, l'importance d'étudier la théorie des sources du droit dans le cadre de l'école historique du droit, demeure dans le fait qu'elle représente la première école critique de la pensée juridique, suscitée par le phénomène de grandes codifications. Cette école survient comme une réaction contre le projet de codification du Code Civil allemand présenté par Thibaut. Une autre importante raison de l'étudier consiste dans le fait qu'elle nous offre toute une philosophie de l'origine et des fondements du droit. Comme nous verons plus tard, elle développe une doctrine des sources du droit, laquelle se partage en: source matérielle, source formelle et source de la connaissance du droit.

D'un autre côté, les principaux adeptes de cette école ont, eux aussi, étudié et écrit des textes sur les notions et sur le système des sources du droit¹.

1 A. Dufour, La théorie des sources du droit dans l'école du droit historique, *Archives de Philosophie du droit*, Tome 27, Paris, Sirey, 1982, 86/88.

Cependant, premièrement, nous allons mettre en relief, quelques fondements de l'école historique et de la théorie de Savigny pour arriver à mieux comprendre son oeuvre.

II PRÉMISSSES DE L'ÉCOLE HISTORIQUE

L'école historique a été élaborée par Savigny en 1814, en Allemagne. Toutefois, ses fondements créés par Gustav Hugo et Just Möser la précèdent. Cette école avait comme objectif démontrer, comment le droit devrait réagir aux transformations économiques et politiques de l'époque. La France a énormément contribué dans la création de ces nouvelles idées à travers la Révolution Française et le Code Civil de 1804.

Il ne s'agissait pas uniquement d'un mouvement de réaction contre la codification, il défendait aussi: l'opinion d'après laquelle, il est impossible de tout légiférer; l'importance du droit coutumier et finalement, les origines du droit.

D'après Savigny, la vraie unification juridique ne devrait pas être faite par la codification, mais par la science du droit. Dans ce cas, les juristes seraient les responsables de l'élaboration des concepts du droit, ce qui équivaut à dire, qu'un nouveau Code pour unifier l'Allemagne ne serait pas plus nécessaire.

Puchta, un des théoriciens de l'école historique, soutient qu'aucun juge, même au cas où il serait muni du code le plus complet, ne réussirait pas à résoudre tous les litiges uniquement avec ce code.

L'auteur remarque aussi qu'une législation est possible uniquement à l'intérieur d'un État. D'après lui, l'État, lui même, est fondé sur le droit, alors on peut en conclure, que la source originaire du droit ne peut pas être la loi. L'origine du droit n'est pas dans l'État².

Savigny a défini la théorie de l'origine du droit comme: la commune conviction du peuple; la conscience populaire, l'esprit du peuple. Il soutient que le point zéro du droit n'est pas susceptible d'être connu, ce que nous pouvons concevoir comme l'origine du droit est déjà un développement de son propre germe.

Nonobstant, d'après l'école historique, le droit du présent est une conséquence du droit du passé, alors, l'idée que le passé n'ait pas d'influence sur le présent est tout à fait inconcevable.

La thèse de Hugo consiste dans le fait, qu'une génération ne peut pas constituer la totalité d'une nation, et conséquemment, elle ne peut pas revendiquer pour soi, le droit d'imposer ses lois aux futures générations, étant donné qu'elle n'a pas accepté les lois des générations précédentes³.

2 A. Dufour, La théorie des sources du droit dans l'école du droit historique, *Archives de Philosophie du droit*, Tome 27, Paris, Sirey, 1982, 93.

3 Z. Kristufek, La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne, *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, vol. 1, Paris, 1966, p. 62.

Savigny n'est pas d'accord avec les prémisses de l'école anti-historique, qui défendent: l'idée que le droit du présent n'est pas nécessairement lié au droit du passé et que tout dépend exclusivement de l'arbitre du législateur. Pour lui, le fondement du droit est l'esprit du peuple. En fait, l'élément politique du droit est son rapport avec la vie du peuple, c'est ce que les membres de la collectivité comprennent comme étant juste, sans avoir besoin de réfléchir, et l'élément technique serait la vie scientifique et autonome du droit, la science et la législation.

L'expression "sens historique" est comprise par Savigny, comme une connaissance approfondie de l'évolution historique du droit, plus précisément, une connaissance approfondie des institutions juridiques surannées. Il poursuit, en déclarant que plus ancienne est une loi en vigueur, plus elle est juste, ce qui revient à dire, que le droit romain est plus juste que le droit germanique. Il considère qu'un droit rationnel "a posteriori" est possible, tandis que pour Kant cela est irréalisable, étant donné que pour celui-ci le droit rationnel est "a priori" et sa connaissance n'a pas pour objet le droit historique.

Savigny essaye de prouver à travers l'histoire, que nous n'avons pas nécessairement besoin d'un code, il affirme aussi que son époque est inapte à achever un travail législatif, puisqu'il manquerait de grands juristes, soit, de spécialistes en droit romain.

Une des critiques faites à l'école historique, c'est qu'elle n'étudie pas l'avenir, seulement le passé. En effet, pour ne pas faire les mêmes fautes, il faut connaître le passé, cela nous permet d'être encore plus libre, puisqu'il nous donne le choix de choisir, si nous avons besoin de lui ou pas.

Le droit positif de chaque peuple se forme à leur intérieur, et il se développe avec le peuple, c'est comme la langue, qui se trouve toujours en transformation constante et a comme fondement la conscience commun du peuple, explique Savigny. Alors, les mœurs et les langues seraient le produit d'une création collective, inconsciente et involontaire. En somme, le droit tel que la langue seraient une partie du peuple et se développerait avec lui.

Les principes fondamentaux du droit sont toujours dans la conscience du peuple, malgré la croissance de la population, toutefois, c'est aux juristes de le déterminer rigoureusement, à ce moment-là, le droit du peuple devient invisible, ce qui veut dire, que l'origine du droit peut être oubliée. Le peuple continue à exercer un rôle primordial en ce qui concerne la formation du droit, mais c'est à la science du droit qui la développera, ce qui nous amène à la théorie pluraliste des sources du droit. L'origine du droit est le droit du peuple, cependant, il se complète avec la législation et la science juridique.

Les textes de Savigny ne laissent aucun doute quant à sa croyance à la dynamique du droit, ce qui fait tomber par terre l'accusation de Marx, quand ce dernier affirme que Savigny proposait un droit statique.

Selon l'auteur, le droit n'est pas seulement dynamique, il est aussi continu, et chaque époque serait la continuation de toutes les époques antérieures.

Cependant, l'on se demande pourquoi Savigny considère le droit romain le fondement de tous les autres, parce qu'il le considère le meilleur comme modèle de méthode juridique, étant donné qu'il est encore en vigueur, puisque les autres peuples n'ont jamais laissé de l'adopter, alors il est encore vivant dans la conscience du peuple. Le droit romain a pour Savigny une valeur pragmatique, il le trouve parfait pas seulement à cause de sa méthode, mais aussi pour son histoire. En fait, même au cas où le droit romain serait suranné, désuet, sa forme et sa méthode restent toujours modernes. L'auteur déclarait qu'il n'y avait pas à son époque des juristes autant capables que les jurisconsultes romains.

Plus précisément, en ce qui concerne les sources du droit, Alfred Dufour fait trois remarques: 1 – la prédominance d'un concept générique de la source du droit; 2 – l'incertitude terminologique, les variations du langage en ce qui se réfère aux définitions faites; 3 – la nette distinction établie entre la source du droit et les sources de la connaissance du droit⁴.

Puchta défend l'idée que les organes qui confèrent au droit une forme visible s'appellent les sources du droit, qui seraient: la conviction immédiate du peuple, la législation et la science⁵.

Les sources de la connaissance du droit comprennent tous les documents qui nous permettent de connaître la réalité juridique, exceptionnellement, elles peuvent se confondre avec la source du droit, comme dans le digeste de Justinien.

À cause de l'importance du droit populaire, la différence entre source formelle et matérielle n'est pas tout à fait nette dans l'école historique, ce que pour l'école de l'exégèse représentait une différence primordiale.

L'école historique en ce qui fait référence aux sources du droit se partage en : courant romaniste, qui privilégie la science du droit - droit savant; et courant germanique qui privilégie les coutumes.

III. ANALYSE DETAILLÉE DU TEXTE DE SAVIGNY

L'auteur commence le chapitre III, du tome I du Traité de droit romain en annonçant qu'il essaiera de déterminer la place de la législation, des mœurs et du droit scientifique dans le droit romain actuel. Toutefois, il est important de mettre en évidence que Savigny fait référence au droit romain actuel, cela veut dire qu'il n'a jamais souhaité mettre en place le droit romain de l'époque de l'Empire Romain, il a toujours voulu mettre en place le droit romain mis à jour, et c'est à cause de cela, qu'on n'aurait pas besoin d'aucun code.

4 A. Dufour, La théorie des sources du droit dans l'école du droit historique, *Archives de Philosophie du droit*, Tome 27, Paris, Sirey, 1982, p. 105.

5 Cf. . Dufour, La théorie des sources du droit dans l'école du droit historique, *Archives de Philosophie du droit*, Tome 27, Paris, Sirey, 1982, p. 105 et 106.

Ensuite, il fait une analyse afin de déterminer les textes qui devraient être reconnus comme des lois. Il démontre que pour beaucoup de juristes les textes non glosés ne devraient pas être caractérisés comme des lois, et l'on peut en conclure qu'il n'est pas d'accord avec eux. Il croit que quelques uns de ces textes doivent être reconnus comme des lois, pas tous, seulement ceux dont l'on peut reconnaître la sagesse.

Il remarque que quelques cours se sont servies de ce genre de texte, de manière exceptionnelle, ce qui ne change pas le principe d'après lequel, les textes qui n'ont pas été glosés ne font pas partie du droit romain. Il souligne que, même si ces textes n'aient pas d'autorité législative, on doit reconnaître leur autorité scientifique, ainsi comme leur influence dans la pratique du droit, puisqu'ils aident aussi à élucider les points sombres de la législation romaine.

Dans le topique suivant, Savigny cherche à démontrer la place du droit coutumier dans les sources du droit romain. Il met en évidence l'immense importance des coutumes, qui ne se trouvent pas au-dessous de la loi, puisqu'ils ont la capacité de la compléter, de la modifier, de l'abolir, et même de créer une nouvelle règle. Cette position est cohérente avec sa théorie, selon laquelle, le fondement du droit est la conscience commune du peuple.

En ce qui concerne la science, Savigny soutient qu'il lui serait très difficile de créer un nouveau droit, étant donné que sa fonction primordiale est celle d'unifier le droit déjà existant et éclaircir ces points noirs. D'après l'auteur, la science pourrait créer le droit, au cas où, on aurait un jurisconsulte qui soit en même temps juge, néanmoins, il pense que cela resterait toujours rare. Il explique que le droit populaire depuis son origine s'identifie avec la science, puisque les nécessités pratiques ont toujours eu le besoin d'être traduites par la science.

Il poursuit en affirmant que, c'est à la science le travail de particulariser les rapports du droit, comme aussi celui de décerner les règles qui le dominent et mettre de côté toutes les incertitudes qui troublent ses éléments de décision. L'auteur tient à affirmer que quant à cela, les romains seraient supérieurs, puisqu'ils avaient une terminologie rigoureuse, ils étaient précis quant aux distinctions nécessaires, ce qui constate sa prédilection pour le droit romain.

Dans le chapitre suivant, l'auteur se propose à étudier d'autres sources du droit, celles dont les pays avaient adopté le droit romain. Jusqu'à ce moment-là, il affirme avoir étudié les sources du droit romain d'une manière isolée, pour les analyser de façon plus complète et pure. Les pays qui ont adapté le droit romain, ont aussi un droit national, cette combinaison des ces deux formes de droit, c'est justement un des objets les plus importants de la science.

Avec l'éruption des codes nationaux (en Prussie, en Autriche et en France), il y a eu un grand bouleversement en ce qui fait référence aux sources du droit. Ces nouveaux codes se distinguent des autres lois par leur caractère d'exclusion, les textes une fois promulgués interdisent l'application directe du droit romain, nonobstant, quant à leurs contenu, leurs règles et quant aux principes anciens des sources

du droit continuent à exister dans les nouvelles lois. À ce moment-là, l'auteur tient à affirmer, que l'esprit du droit romain n'a pas disparu avec la chute de l'Empire Romain, il continuerait à exister dans la conscience du peuple. C'est pour cela, que l'étude des sources anciennes du droit n'est pas inutile car, elle trouve son application directe dans les pays où les sources romaines sont toujours en vigueur et sont aussi utiles à approfondir les codes modernes. Voilà, la vraie motivation de Savigny quand celui-ci se dédie au droit romain actuel.

Dans le chapitre "Principes des romains sur les sources du droit en général", Savigny déclare que l'énumération des sources du droit faite par les jurisconsultes romains ne suit aucune systématisation. L'indication des sources était utilisé, au cas où, le juge savait où trouver les moyens pour résoudre une question de droit.

Dans le chapitre "Principes des romains sur les sources du droit en général", Savigny déclare que l'énumération des sources du droit faite par les jurisconsultes romains ne suit aucune systématisation. L'indication des sources était utilisé, au cas où, le juge savait où trouver les moyens pour résoudre une question de droit. Les sources pouvaient se partager en: "jus scriptum", qui est le droit dont l'origine est liée à un texte écrit; et "jus non scriptum", qui représente le droit coutumier. Il met en relief l'importance de vérifier, si les jurisconsultes romains admettaient ou refusaient le droit coutumier.

Il avoue l'énorme influence des préteurs dans le droit romain, il ne s'agissait pas de simples rédacteurs du droit coutumier, mais des individus capables de le développer, et même de le modifier. D'une certaine façon, c'était le pouvoir populaire, car annuellement les préteurs étaient renouvelés.

Ajoute-t-il, que tout ce qui a été dit en ce qui concerne les sources du droit romain est valable seulement, jusqu'à l'époque des empereurs chrétiens, car après, juste deux sources continuent à exister : les édits des empereurs et les écrits des jurisconsultes. Ces deux sources ont absorbé toutes les autres.

À partir de la législation de Justinien cela est encore plus simple, puisque les sources du droit se résument pratiquement aux constitutions impériales.

Dans le chapitre qui traite les principes romains, le droit coutumier, Savigny réaffirme l'autorité du droit coutumier, qui possède l'autorité générale d'une loi. Les coutumes pouvaient compléter une loi pas nette ou ambiguë, ou régler une matière qui n'avait pas de disposition législative. En mettant en évidence, que les coutumes peuvent être utilisées dans l'absence d'une loi, toutefois nous ne devons pas comprendre qu'ils doivent être utilisés uniquement, dans cette situation. il observe que quand le code déclare que les coutumes ne doivent pas enlever l'autorité d'une loi, il fait référence aux coutumes particuliers, qui feraient partie d'une organisation spécifique, et non pas aux coutumes généraux, qui auraient la force d'une loi.

Dans le chapitre sur le droit scientifique, l'on s'aperçoit de l'immense importance que les jurisconsultes romains ont toujours eu, cependant ses opinions qui n'étaient pas toujours dans le même sens causait une inquiétude juridique.

Voilà, la raison pour laquelle Justinien a adopté une position radicale: il a publié un tome avec les positions des jurisconsultes et lui a donné l'autorité de loi, en même temps qu'il a interdit toute autre publication, toute autre littérature, sous l'argument que la législation impériale répondait à tous les besoins et que toute nouvelle production rendrait des problèmes à l'oeuvre du législateur. Justinien croyait qu'il avait élaboré un droit immuable. Savigny n'est pas d'accord avec ceux qui le critiquent de façon aussi sévère, puisqu'au fond, tous les législateurs modernes auraient aussi aimé que leurs codes soient immuables. Toutefois, il condamne aussi ceux qui cherchent à relever ses prescription, que pour lui étaient très claires.

Dans le chapitre intitulé "Des idées modernes sur les sources du droit", Savigny cherche à démontrer les principales différences entre ses idées et les idées normalement adoptées par d'autres spécialistes en droit. Il avoue qu'il n'est pas d'accord avec l'idée comme quoi la législation soit l'unique base légitime du droit et que les autres sources soient considérées comme secondaires. Le droit coutumier serait une source naturelle du droit et il dispense de légitimation spéciale capable de prouver son autorité. Au cas où, un droit coutumier serait en contradiction avec une loi, la solution serait l'application de la règle la plus récente, puisqu'ils ont la même importance. Il souligne que la majorité des auteurs reconnaît que les moeurs puissent abolir une loi, mais ils ne reconnaissent pas que le manque d'utilité enlèverait l'autorité d'une loi, pour lui les deux situations seraient possibles, puisque le droit romain ne ferait pas cette distinction.

Il observe que les conditions pour former une coutume sont les mêmes depuis l'antiquité: l'acte doit être pratiqué plusieurs fois, un seul acte n'est pas capable de former une coutume; les actes doivent être uniformes, constants et répétés pendant un bon bout de temps; les auteurs de l'acte doivent avoir la conscience de son importance comme droit, ils ne doivent pas le pratiquer en pensant qu'ils auraient pu le faire d'une autre manière, tandis que les coutumes ne devraient pas être manifestement déraisonnables ni dépourvus de morale.

Il explique que le droit coutumier particulier, ainsi comme n'importe quel fait allégué dans un procès, doit être soumis aux mêmes règles de preuve, comme tous les autres faits y sont, mais contrairement aux faits, le juge peut compléter ce qui manque à la coutume qui lui est présentée, et aussi elles peuvent être présentées à n'importe quelle phase de la procédure. D'un autre côté, le droit coutumier commun appartient à la connaissance du juge.

Il critique sévèrement la manière de comprendre les idées des auteurs anciens, et principalement, le fait que les auteurs modernes les présentent, c'est-à-dire, comme des règles immuables et applicables à n'importe quelle époque.

Il croit que chaque siècle a eu son influence dans l'exercice de la formation du droit, c'est ce que nous avons souligné au début de ce travail, il s'agit d'un des principaux fondements de l'école historique du droit.

Au dernier topique de ce chapitre, Savigny disserte sur comment les auteurs des codes modernes (les prussiens, les autrichiens, et les français) voient les sources du droit.

Le code prussien a aboli le droit précédent et est devenu la source exclusive du droit; en France, une loi spécifique a aboli le droit précédent en ce qui concerne les matières traitées par le code français, tandis que le code autrichien a déterminé que les coutumes seraient appliquées seulement, au cas où, la loi le permettrait expressément.

De cette manière, on peut comprendre facilement pourquoi Savigny était aussi sévère quand il critiquait ces trois codes, cités ci-dessus. Ces codes ont aboli le droit coutumier dans sa forme primitive, ce qui représente une absurdité pour l'école du droit historique. Hormis cela, ils ont ignoré le droit précédent, ce qui représente aussi une absurdité au regard de l'école historique, qui défend fermement, l'idée d'après laquelle, le droit doit se développer de manière continue et que le présent doit toujours prendre en compte le passé.

Nous espérons avoir contribué pour la meilleure compréhension de la théorie élaborée par Savigny. Nous croyons avoir éclairci, que Savigny n'a jamais voulu appliquer le droit romain comme à l'époque de L'Empire Romain, cependant il avait comme objectif le mettre à jour, puisque d'après cet auteur, le droit romain reste toujours suprême en sa méthode et il continue vivant dans l'esprit du peuple.

Plus précisément, en ce qui fait référence aux sources du droit, nous souhaitons avoir éclairci, que les coutumes et la science du droit ont pour cet auteur une immense importance, alors que les coutumes et les lois ont exactement la même importance.

BIBLIOGRAPHIE

DUFOUR, A. *La théorie des sources du droit dans l'école du droit historique. Archives de Philosophie du droit*, Tome 27, Paris, Sirey, 1982.

KRISTUFEK, Z. *La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne. Revue Historique de Droit Français et Etranger*, vol. 1, Paris, 1966.

SAVIGNY, M. F. C. *Traité de droit romain*. Ch. Guenoux (Traducteur), Paris, Librairie de Firmin Didot Frères, 1855.